

HISTÓRIA, LEGISLAÇÃO E DEGREDO EM PORTUGAL *

HISTORY, LEGISLATION AND DEGREDO IN PORTUGAL

MARISTELA TOMA **

Resumo:

O objetivo deste artigo é discutir os aspectos legais da prática do degredo em Portugal no período moderno. Combinada a uma reflexão sobre a economia dos castigos, nossa análise pretende evidenciar as profundas imbricações da política do degredo com a lógica do Absolutismo português.

Palavras-chave:

História – Punição – Degredo – Ordenações do Reino – Portugal

Abstract:

The objective in writing this article is to analyze the legal features of the practice of *degredo* (an specific kind of penal transportation) during Modern Times in Portugal. In association to a reflection of the logic of punishment, we intend in this essay to show the profound implications of the degredo's policy in relation to the Portuguese Absolutism.

Keywords:

History – Punishment – *Degredo* – Royal Ordinances – Portugal

Quando a esquadra de Pedro Álvares Cabral deixava a então chamada Ilha de Vera Cruz rumo às Índias Orientais, ficavam aqui 2 degredados que, junto com mais 2 grumetes, davam início, por assim dizer, ao povoamento português na América. Tal fato, tão alardeado após tantas comemorações de vários centenários dos descobrimentos portugueses, foi relatado por Pero Vaz de Caminha, escrivão do reino, numa carta que, tornada pública no século XIX, desde então conheceu inúmeras publicações. O que talvez poucas pessoas se lembrem é que ao final de sua carta, o escrivão pedia ao rei uma “mercê”: o perdão para seu genro, ele também um degredado, cumprindo pena na Ilha de São Tomé, em costas africanas.

O expediente utilizado por Caminha, o de recorrer à clemência do rei, era bastante comum na época. Solicitar o perdão ou a comutação da pena, não apenas em Portugal, como

* Artigo recebido em 13-06-2005 e aprovado em 08-07-2005.

** Mestre em História Social – Unicamp. Professora da Universidade Estadual do Centro Oeste – UNICENTRO Depto. História. Endereço eletrônico: mstoma2000@yahoo.com

também em outras partes da Europa ocidental, eram procedimentos que os contemporâneos do escrivão pareciam conhecer bem. Em se tratando de Portugal, nos casos de comutação de pena, o papel desempenhado pela pena de degredo foi se tornando cada vez maior à medida que avançava a construção dos impérios coloniais. O que se percebe é que a pena de degredo vai adquirindo novos contornos à medida que se estende por uma gama cada vez maior de crimes e territórios compulsados como destinos.

As sucessivas ampliações da pena de degredo podem ser apreendidas acompanhando-se a legislação. Por seu turno, as alterações de significados atribuídos ao degredo, embora não seja assunto contemplado neste artigo, revela-se também em outras fontes que se reportam ao tema ao longo dos séculos em que a pena foi utilizada, como também na própria historiografia. No espaço deste artigo, objetivamos fazer uma discussão dos aspectos legais do degredo praticado por Portugal durante o período em que vigoraram as Ordenações Filipinas. A parte inicial, um tanto descritiva, foi deliberadamente pensada como uma introdução ao pano de fundo formado pelo universo jurídico no intuito de fornecer as informações necessárias para localizar nosso tema no âmbito da história do Direito europeu com ênfase no caso português. Combinada a uma reflexão sobre a economia dos castigos, nossa análise da pena de degredo do ponto de vista jurídico se estende ainda nas imbricações da política do degredo com a estratégia punitiva, bem como na teatralização do poder, verificada em Portugal do período moderno. Por fim, discutimos o lugar da pena de degredo dentro do quadro das penas utilizadas em Portugal à época das Ordenações.

O Universo jurídico

A tradição jurídica européia foi construída a partir de um mesmo conjunto de textos fundadores: o *Corpus iuris civilis*,¹ advindo do antigo direito romano; e o *Corpus iuris canonici*,² que

¹ *Corpus iuris civilis* é o nome que se dá, a partir do século XVI, ao conjunto de textos compilados em meados do século VI sob ordem do imperador Justiniano. Trata-se de uma reunião de livros que encerram, por assim dizer, todo o saber jurídico romano. Fazem parte dessa coleção: as *Instituições*, um conjunto de 4 livros que compõem um manual de introdução; o *Digesto* (ou *Pandectas*), formado por 50 livros que reúnem obras de juristas romanos clássicos; o *Código*, formado por 12 livros que dão conta da legislação imperial dos antecessores de Justiniano; e finalmente, as *Novelas*, que reúnem as constituições novas promulgadas pelo próprio Justiniano.

² Inicialmente, o Direito da Igreja cristã baseava-se nos Livros Sagrados. Com o crescimento do cristianismo e com a sua expansão institucional, o corpo normativo também se ampliou, passando a servir de fontes do direito os decretos dos concílios e as determinações papais. À semelhança do nome dado à compilação justiniana, *Corpus iuris canonici* foi o modo como ficou conhecido o conjunto de coleções de textos elaborados e compilados ao longo de séculos, a saber: o *Decreto de Graciano*, compilado em 1140 e que reúne cerca de 4000 textos de relevância jurídica; as *Decretais*, uma compilação complementar de 1234 que reúne cerca de 5 livros; o *Sextum*, com mais 5 livros complementares de 1298; as *Clementinas*, que acrescentam mais 5 livros em 1314; as *Extravagantes de João XXII*, de 1324; e as *Extravagantes comuns*, surgidas no final do século XV. O *corpus iuris canonici* vigorou até 1917, quando foi substituído pelo *Codex iuris canonici*, o atual Código de Direito Canônico.

reunia os textos do direito canônico. Ao conjunto dessas referências textuais combinaram-se ainda os direitos locais – os chamados *direitos próprios*.³

O ponto de convergência dessas 3 correntes jurídicas se deu entre os séculos XII e XIII. Já no século IX, o império carolíngio havia “redescoberto” o direito romano⁴, reavivando a idéia de vocação universal da razão romana. No século XII, o direito romano passa a ser ensinado nas Universidades a par do direito canônico; este último, por sua vez, já vinha sofrendo ataques à sua pretensão de supremacia desde o século XI, quando as lutas entre o papa e o imperador acenam com a ruptura do frágil equilíbrio entre os direitos secular e eclesiástico. No século XIII, a supremacia do direito canônico é posta em causa a partir de um ataque interno, pois a própria teologia começa a insistir na idéia de que as esferas temporal e espiritual perseguem fins próprios, de modo que a intervenção do direito canônico só deveria ocorrer quando a regulamentação temporal pusesse em perigo a *salvação*.

Estava aberto, portanto, o caminho a ser trilhado pela legislação laica. Caminho que, a contar pelos freqüentes conflitos de jurisdição entre o poder temporal e o poder religioso, esteve longe de se mostrar uma trilha tranqüila, sobretudo se lembrarmos que a existência dos direitos próprios, que prosseguiram em pleno desenvolvimento, colocava-se como outro elemento que impedia a consumação da validade universal do direito romano.⁵

Praticamente comum a toda a Europa Ocidental, esse ordenamento jurídico pluralista, que reunia 3 grandes linhas de força, caracterizava-se, não pela integração, mas pela coexistência de ordenamentos jurídicos autônomos, com conteúdos diferentes e por vezes contraditórios. A despeito dos problemas de ordem prática que essa realidade plural causasse, a busca de unidade e

³ Estes englobavam os direitos dos reinos, os estatutos das cidades, os costumes locais e os privilégios territoriais ou corporativos. Quanto à tradição jurídica que embasava os direitos próprios, esta fundava-se no direito romano vulgarizado, no direito canônico e, sobretudo, no direito germânico, de natureza essencialmente consuetudinária. A preponderância do direito germânico no direito medieval era tal, que vários teóricos do Direito irão afirmar que na formação do edifício jurídico europeu confluíram três grandes ordenamentos: o *Corpus iuris civilis*, o *Corpus iuris canonici* e o *Corpus iuris germanici*. Cf. Isidoro Martins Júnior. *História do Direito Nacional*. 3ªed. Brasília, Dpto. Imprensa Nacional, 1979.

⁴ Ao fim do império romano do Ocidente, no século V, o direito romano disseminado pelo império passou a coexistir com o direito dos bárbaros, como eram chamados os vários povos de origem germânica. O direito germânico em suas várias vertentes (visigodo, bávaro, lombardo, etc.) por sua vez, também se romanizou, de forma que o direito romano nunca deixou de fazer parte do universo jurídico medieval. Ao se falar em “redescoberta” do direito romano é preciso ter isso em mente. Do mesmo modo, os termos, “recepção do direito romano” ou “recepção do direito comum”, comuns nos estudos jurídicos, devem ser entendidos, não como a adoção do direito romano por parte de territórios juridicamente vazios (posto que o direito romano não era desconhecido e estava presente nos chamados direitos próprios), mas como a elevação do direito romano à categoria de direito universal. Enquanto direito universal, pretensamente baseado nos valores mais gerais e permanentes da razão humana, o direito romano passa, nos séculos XII e XIII, a ser entendido como direito modelo, aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares, como também referencial para julgar os critérios adotados pelos direitos particulares.

⁵ A recepção do direito romano não resultou em um processo simples e nem homogêneo por toda a Europa. Sobre as tensões verificadas nesse processo de recepção entre os vários ordenamentos existentes, ver HESPANHA (1998).

o conseqüente sacrifício de um ordenamento em relação ao outro foram preteridos em função do caráter quase sagrado que tais ordenamentos evocavam. A autoridade dos textos fundadores fundamentava-se, no caso do direito canônico, na sua natureza de textos revelados ou provenientes de autoridades religiosas, fato que, por si só, o colocava mais próximo da vontade divina; e no caso do direito romano, na sua pretensa racionalidade, que segundo os juristas da época, conferia-lhe a virtude da perfeição.

Em termos práticos, essa autoridade dos textos fundadores provocava uma tensão entre a fidelidade, que não permitia aos juristas irem além do trabalho de exegese; e a inovação, que se impunha a partir da necessidade de atualização das normas a fim de compatibilizá-las com o novo ambiente histórico. A solução dada a essa questão foi a produção de uma vasta literatura jurídica que, baseando-se nos textos fundadores obedecia a uma dinâmica agregativa, onde cada interpretação, ao invés de substituir as anteriores, somava-se a elas.⁶

A ***Escola dos Glosadores***, iniciada no século XII pelo monge Irnerius, na Itália, limitava-se a interpretar literalmente os textos jurídicos romanos guiando-se pelo objetivo de demonstrar a sua perfeição. Trata-se de um verdadeiro trabalho de exegese, onde o que se busca é esclarecer os sentidos das palavras de forma a seguir fielmente o texto romano.⁷ Acúrsio (1180-1246), o representante máximo dessa escola, publicou por volta de 1240 a *Magna glosa*. Nela, o que se tem é uma reunião das melhores glosas (explicações de passagens obscuras ou discussões de questões controversas) produzidas por vários jurisconsultos medievais acrescidas, em muitos casos, da opinião do próprio Acúrsio.

As glosas de Acúrsio, se de um lado eram úteis na medida em que forneciam esclarecimentos sobre vários títulos contemplados pelos códigos romanos, de outro, acarretava em outro problema: o da escolha entre as várias soluções oferecidas para uma mesma situação de litígio. Isso ocorria sobretudo em matéria temporal, onde se defendia a primazia do direito romano. Em face da intersecção de ordenamentos jurídicos de natureza diversa sobre o mesmo

⁶ Esse respeito às autoridades, próprio da Idade Média, no caso do Direito, está associado também a uma questão metodológica: a inexistência de um aparato lógico consolidado que permitisse aos juristas realizar operações sintéticas. Por fim, o ambiente filosófico medieval, influenciado desde os séculos XI e XII pela escolástica, propunha um espírito conciliatório do qual a dinâmica agregativa da literatura jurídica é tributária: a *ars inveniendi* (arte de encontrar) é uma técnica investigativa que pressupõe um pensamento de tipo dialogante e problematizador, cujo interesse repousa mais em colocar uma questão do que encontrar uma solução definitiva. Hespanha definiu o pensamento medieval, e conseqüentemente, o pensamento jurídico, dos séculos XII e XIII nos seguintes termos: “é um pensamento de tipo problemático, e não sistemático. Isto é, não se preocupa que as soluções dadas aos problemas surgidos num dos ramos do saber constituam um todo lógico isento de contradição (ou seja, que constituam um sistema). Mais do que a perfeita integração das soluções numa unidade lógica e sistemática, interessa-lhe a adequação destas aos dados concretos do problema a que visa responder.” (HESPANHA, 1998: 114).

⁷ A postura de veneração dos jurisconsultos dessa escola frente ao direito romano, se de um lado, pouco contribuiu para a sistematização do Direito, de outro, forneceu os instrumentos para tal tarefa, isso porque aos glosadores, cabe o mérito de terem criado uma linguagem técnica para o Direito, com uma terminologia, categorias e conceitos próprios que originaram um novo saber especializado: a Jurisprudência.

foro; e da multiplicidade de interpretações no seio do próprio direito romano, a inexistência de regras de precedências claras fazia com que muitas vezes a escolha recaísse ao arbítrio do juiz, que procedia assim casuisticamente: “...cada norma acaba por funcionar, afinal, como *uma perspectiva* de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tenha uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adapte melhor ao caso em exame. Ou seja, as normas funcionavam como «sedes de argumentos», como apoios provisórios de solução...”. (Hespanha, 1998: 98).

Isso acabava por gerar um estado de confusão que reclamava uma sistematização que desse conta da hierarquia das fontes de Direito, tarefa que será levada a cabo pela ***Escola dos Comentadores*** que nos séculos XIV e XV irá se debruçar sobre os vários ordenamentos jurídicos existentes a fim de unificá-los e adaptá-los às necessidades normativas. Os comentadores estabeleceram as regras de precedência e limites de jurisdição de cada ordenamento. Desde então, ficava fixada a legitimidade dos direitos próprios, que passam a ter, em tese, primazia sobre os direitos romano e canônico, passando estes a atuar como direitos subsidiários, aplicáveis a todas as situações em que os direitos particulares não se pronunciassem. O direito romano, por sua vez, permanecia como direito modelo, referencial julgador das soluções contidas nos direitos próprios. O direito canônico mantinha a supremacia nas questões espirituais e em matérias temporais teve sua esfera de atuação resumida às questões em que a aplicação das fontes jurídicas laicas resultasse em pecado, segundo a hierarquia fixada por Bártolo (1314-1357), o representante mais célebre dos Comentadores.

Note-se que, a par da hierarquização das fontes de direito, o direito romano não chega a ter sua autoridade arranhada, pois os Comentadores, tanto quanto os Glosadores, repunham a autoridade jurídica do *Corpus iuris civilis* com base em sua renomada racionalidade. De qualquer modo, foram eles que deram os primeiros passos rumo à independência em relação às regras fixadas pelo direito romano.⁸ Mas será no século XVI, com o advento de uma nova realidade normativa, que os direitos dos reinos darão um passo decisivo para sua independência, ao deixarem de estar sujeitos ao julgamento da “razão” romana.⁹

⁸ Os Comentadores, lançando mão da dialética aristotélico-escolástica, realizavam uma interpretação lógica, e não mais literal, dos textos romanos. Esse tipo de interpretação acabou por permitir um progressivo distanciamento do texto, uma vez que ele era tomado como a expressão de uma idéia geral. Na tentativa de isolar a “razão” romana, a interpretação lógica construiu todo um sistema de conceitos jurídicos necessário para a autonomização do direito que ocorrerá a partir do século XVIII.

⁹ Até então, como lembra Hespanha, “Uma norma de direito próprio contrária aos princípios do direito comum pode ser admitida, mas será sempre considerada excepcional e *odiosa* e, no momento de ser interpretada e aplicada, será objeto de uma contínua usura que tenderá a tirar-lhe progressivamente toda a eficácia.” (HESPANHA, 1995a: 84).

O caso português

O processo de centralização monárquica teve como consequência, no campo jurídico, o ponto de inflexão que resultou numa alteração no equilíbrio do sistema de fontes de direito. Até então, desde a contribuição da Escola dos Comentadores, os direitos próprios tinham seu valor mais ou menos equiparado ao direito romano e canônico. Portugal, o primeiro Estado monárquico unificado, assumiu também a vanguarda na produção dos novos direitos nacionais.

As Ordenações Afonsinas, compiladas na primeira metade do século XV, constituem o primeiro código nacional surgido na Europa ocidental. Seguindo na mesma esteira, outros países da Europa prosseguiram na codificação dos direitos consuetudinários e reais.¹⁰ Tomadas como um todo, essas codificações, bem como o Código Afonsino, estavam permeadas de princípios do direito romano, sendo que a contribuição romanística esteve menos presente em esferas onde as inovações se faziam inevitáveis, como foi o caso dos direitos público, criminal e comercial. De qualquer modo, importa notar que, a partir delas, o direito romano foi paulatinamente relegado ao segundo plano.

A História do Direito em Portugal conheceu 4 épocas bastante distintas quanto às concepções que dominaram o processo legislativo. Tomemos aqui a periodização proposta por Gomes da Silva:

“-- *um primeiro período*, que vai desde a independência de Portugal, até o começo do reinado de D.Afonso III, período que se pode denominar de *direito consuetudinário e foraleiro*;

-- *um segundo período*, que vai desde o começo do reinado de D.Afonso III, por volta da metade do século XIII, até meados do século XVIII (reinado de D.José), e que se poderá chamar *período de influência do direito comum*;

--*um terceiro período*, que se estende desde os meados do século XVIII até ao momento da revolução de 1820, e que se pode designar de *período de influência iluminista*;

--*um quarto período*, que vai desde a revolução liberal de 1820 até cerca de nossos dias, até uma data que, um tanto convencionalmente, se pode fixar em 1926, e que se pode denominar de *período de influência liberal e individualista*.” (Silva, 1985: 34)

Interessa-nos aqui o segundo período, ou melhor, a fase final dele, posto que este pode ser subdividido em 2 fases distintas: a primeira, que vai do século XIII até meados do século XV,

¹⁰ Na França, a redação dos costumes foi ordenada por Carlos VII (1454), Luis XI (1481) e Henrique III (1587). Na Espanha, as *Ordenanzas Reales de Castela*, uma codificação dos costumes ordenada por Isabel, surgem em 1484 e somente em 1567 surge a codificação da legislação real. Na Alemanha, o duque Guilherme IV reuniu, em 1520 a legislação ducal; e na Holanda, a recolha dos direitos locais se dá em 1531, sob Carlos V.

marcada pela recepção do direito comum, caracteriza-se pela legislação avulsa e é conhecida como *época das Leis Gerais*; já a segunda tem início com as Ordenações Afonsinas, caracteriza-se pela codificação da legislação avulsa e pela sistematização de várias fontes de direito e pode ser entendida como *época das Ordenações*. O que justifica a unificação dessas 2 fases em um longo período de 5 séculos é o papel desempenhado pelo direito romano como referencial a ser respeitado, conjuntura que só irá se alterar em Portugal no século XVIII, a partir da influência iluminista.

Sob as Leis Gerais Portugal vivia o clima de confusão legislativa comum ao resto da Europa Ocidental. Com relação às fontes de direito, como já se viu, importava determinar com exatidão o campo de aplicação dos direitos romano e canônico relativamente ao direito nacional. Quanto a este último, também não era menor a confusão, uma vez que a abundância de leis nem sempre correspondia a um efetivo conhecimento, por parte dos povos e mesmo dos órgãos competentes, de quais delas se achavam ou não vigentes. Assim, desde a centralização monárquica a necessidade de unificação do sistema de leis se impunha. As Cortes, desde o início do reinado do Mestre de Avis em 1385, reclamavam a organização de uma codificação que assegurasse a administração da justiça. O atendimento do monarca aos pedidos das Cortes inaugurou a época das Ordenações.

As Ordenações do Reino compreendem os 3 códigos oficiais promulgados pelos monarcas de Portugal. São elas: as *Ordenações Afonsinas*, concluídas em 1446; as *Ordenações Manuelinas*, que passam a vigorar na sua forma definitiva em 1521; e as *Ordenações Filipinas*, aprovadas por Felipe II em 1595 e que entram em vigor em 1603.

Há que se mencionar aqui a existência de uma coletânea de leis também conhecida pelo nome de ordenações – as *Ordenações de D.Duarte* que, diferentemente das Ordenações do Reino, não constituíam um código oficial. Essa coletânea reunia as leis de D.Afonso II a D.Duarte e trata-se, neste caso, de “uma simples coleção particular, assim chamada unicamente pela circunstancia de ter pertencido, segundo se crê, à livraria desse rei e incluir um índice e um discurso sobre as virtudes do bom julgador, de sua autoria.”¹¹

Ordenações Afonsinas

Não se sabe precisar a data em que se iniciaram os trabalhos de compilação que

¹¹ VELASCO, (1994: 17) afirmou que essa coleção teria servido parcialmente de preparação para as Afonsinas. Contudo, em nossas leituras não encontramos nenhuma outra referência que confirmasse tal informação; pelo contrário, todos os outros autores consultados silenciam a respeito das Ordenações de D.Duarte.

resultaram nas Afonsinas.¹² O encargo foi dado por D.João ao corregedor da Corte, João Mendes, que prosseguiu nos trabalhos mesmo após a morte do monarca, em 1433. João Mendes veio a falecer já nos primeiros anos do reinado de D.Duarte, que então nomeou um membro do Conselho do Rei, Ruy Fernandes, para prosseguir nos trabalhos. Ruy Fernandes concluiu a obra em 1446, portanto, já no reinado de D.Afonso (sob a regência de D.Pedro). Concluída, a compilação foi submetida a uma revisão, que ficou a cargo de uma comissão composta pelo Corregedor da cidade de Lisboa, Lopo Vasques, dois desembargadores do Paço, Luis Martins e Fernão Rodrigues, além do próprio Ruy Fernandes. Os trabalhos de revisão teriam se encerrado por volta de 1446-1447.

A obra, cuja estrutura segue as *Decretais* de Gregório IX, está dividida em 5 livros, contemplando as seguintes matérias:

Livro I – versa sobre o que se entende hoje por direito administrativo. Contém os regimentos dos cargos públicos, tanto régios como municipais.

Livro II – traz a matéria relativa à Igreja, versando sobre seus bens e privilégios. Trata também dos direitos régios e da administração fiscal, da jurisdição dos donatários, das prerrogativas da nobreza e dos estatutos especiais de judeus e mouros.

Livro III – trata do processo civil, versando sobre a ordem judiciária, regulamentação dos termos do processo, recursos, seguranças reais e cartas de segurança.

Livro IV – ocupa-se do direito civil em sentido amplo, contendo determinações sobre contratos, concessões, testamentos, tutelas, etc.

Livro V – dedica-se ao direito e processo penal, relacionando crimes e penas, incluindo também a investigação e a prisão.

Substancialmente, as Afonsinas constituem uma compilação das várias leis que tinham vigor em Portugal. As leis régias são geralmente reproduzidas na íntegra, com o nome do monarca que a promulgou, além de data e local de publicação; as respostas régias às Cortes são acompanhadas de um breve comentário; e estão presentes também as concordatas e concórdias celebradas com o clero. As regras do direito romano aparecem acompanhadas das interpretações dos glosadores; as normas do direito castelhano também surgem adaptadas pelos compiladores; e as normas consuetudinárias passam a valer como lei. A forma de redação é a da transcrição

¹² MARTINS Jr. (1979) e Candido Mendes de Almeida, no prefácio à edição de 1870 das Ordenações Filipinas, são da opinião de que é provável que isto tenha se dado após a morte de João das Regras, afamado jurisconsulto e Chanceler-mor do reino. Aliado de D.João na Revolução de Avis e extremamente influente durante o reinado deste, seria de se esperar que a tarefa de codificação das leis lhe fosse incumbida, o que faz parecer razoável que tal trabalho só tenha se iniciado após a sua morte, em 1404.

integral, sob forma narrativa, na maior parte da obra - com exceção do Livro I, onde se utiliza o estilo decretório, ou seja, a forma imperativa. Essas diferenças de forma têm sido atribuídas às diferentes técnicas de redação de João Mendes e Ruy Fernandes, creditando-se ao primeiro a redação do Livro I e ao último a dos outros 4. Contudo, não se descarta a hipótese de que o estilo decretório do Livro I seja em função de nele conterem as matérias sobre as quais o rei legislava pela primeira vez.

Embora grandiosa, a obra das Afonsinas não pôde ser considerada auto-suficiente, pois vários assuntos não foram nela representados. Para prevenir eventuais lacunas e para sistematizar a forma como se deveria agir quanto às fontes subsidiárias de direito, o Livro II contém as normas que fixam os critérios em casos em que a legislação nacional fosse omissa. Assim, nas matérias não contempladas pelo direito nacional, as regras de precedência eram:

- “-- *direito romano, em matéria temporal*, excepto quando em contrariedade com o direito canônico, a sua observância fizesse incorrer em pecado;
- *direito canônico, em matéria espiritual e também na temporal, em matéria de pecado*, ou quando o direito romano não contemplasse o caso (mas, nesta hipótese, estando em conflito com glosadores e comentadores, a decisão caberia ao rei);
- *Glosa de Acúrsio*, quando não houvesse norma aplicável de direito romano ou canônico;
- *opinião de Bártolo*, quando o direito romano, o direito canônico e a Glosa de Acúrsio se não pronunciassem sobre o caso;
- *resolução do rei*, na falta de qualquer das anteriores fontes.” (Silva, 1985: 264-265)

A hierarquização das fontes contida nas Ordenações está plenamente de acordo com a doutrina dos Comentadores, como é possível observar neste quadro. Isso demonstra que, a essa altura, não só a doutrina jurídica em Portugal estava em pleno compasso com a professada no resto da Europa, como também dá conta da maturidade atingida pelo Direito em Portugal, uma vez que as Ordenações Afonsinas, como já dissemos, constituem a primeira codificação de leis surgidas em toda a Europa.¹³

Ainda que as Afonsinas apresentem falta de unidade e contradições internas entre as várias leis compiladas, nem por isso deixam de ser modelares do ponto alto atingido pela

¹³ Acerca da prioridade do código português, inexplicavelmente, alguns autores negligenciaram o pioneirismo de Portugal. Cândido Mendes de Almeida, no Prefácio à edição de 1870 das Ordenações Filipinas, menciona o erro de Bentham em *Vista geral de um corpo completo de Legislação*, que, ao enumerar os mais antigos códigos europeus, omite as Ordenações portuguesas.

evolução legislativa que vinha se processando desde o século XIII em Portugal. Talvez um pouco por isso, as compilações portuguesas posteriores se limitaram, em última análise, a atualizá-las.

As Ordenações Afonsinas só foram publicadas no final do século XVIII, muito tempo depois de revogadas. No século XV, a sua divulgação foi precária e sua entrada em vigor se deu de forma progressiva, a medida em que as cópias manuscritas iam sendo concluídas e levadas às várias partes do território português. Fruto de uma longa gestação, as Afonsinas tiveram uma curta vigência, sendo substituídas, já no início do século XVI, pelas Ordenações de D.Manuel.

Ordenações Manuelinas

Com a introdução da imprensa em Portugal em 1487, D.Manuel achou por bem mandar imprimir as Ordenações Afonsinas para tentar sanar os problemas relativos à sua divulgação. Em 1505, incumbiu o Chanceler-mor Rui Boto e outros 2 juristas, Rui da Grã e João Cotrim, da tarefa de atualização das Afonsinas, acrescentando a elas a vasta legislação extravagante promulgada desde o reinado de D.João II. Em 1512 saiu o Livro I das novas Ordenações; em 1513, o Livro II; e em 1514 fez-se a impressão completa da todos os livros das Ordenações, agora chamadas de Manuelinas.¹⁴ Contudo, a promulgação posterior de um conjunto considerável de legislação extravagante levou D.Manuel a ordenar uma nova reforma nas Ordenações. Nesta reforma terão trabalhado, possivelmente, além dos 3 primeiros compiladores, Cristóvão Esteves, João de Faria e Pedro Jorge. A edição definitiva veio a público em 1521 e, dada a proximidade da edição anterior, o monarca, temendo a confusão entre os 2 textos, determinou que todos os exemplares anteriores fossem destruídos no prazo de 3 meses, sob pena de “degredo de dous anos para além”.

O sistema das Manuelinas é o mesmo das Afonsinas: mantém-se a divisão em 5 livros, respeitando as matérias neles versadas. O estilo de redação muda substancialmente: em geral, todas as leis são reescritas no estilo decretório, como se fossem novas leis, mesmo que muitas delas consistissem de leis já vigentes. Quanto ao sistema de fontes, as Manuelinas seguem os princípios das Afonsinas, com um pequeno, porém, significativo adendo: tanto a glosa de Acúrsio quanto a opinião de Bártolo, continuam a ser respeitadas, mas agora, desde que não estejam contrárias à “comum opiniam dos Doutores”.¹⁵ Outro ponto importante a ser ressaltado aqui é o

¹⁴ Há uma vasta discussão, entre os historiadores do Direito, sobre a existência de uma edição completa das Manuelinas anterior ao ano de 1514. A esse respeito, ver SILVA, (1977a: 575-593).

¹⁵ Nota-se aqui um afloramento da querela que tomou conta do século XVI entre antigos e modernos, como também um esforço de atualização dos preceitos romanos. É de se notar também que, aqui, o argumento da autoridade liga-se à já referida natureza dialética, não definitiva das soluções jurídicas: “uma vez que estas admitiam sempre discussão e eram apenas prováveis, importava reforçar essa probabilidade mostrando que a solução proposta era admitida pela maior parte dos autores. (...) A invocação das autoridades tinha, precisamente, por função canalizar

fato de D.Manuel se sentir na obrigação de justificar o direito romano como subsidiário, ao acrescentar que as leis romanas tinham vigor no reino, não em função da existência de qualquer laço de ligação entre Portugal e o Império, mas tão somente em função da “boa razam em que sam fundadas”.¹⁶

Quanto às alterações de conteúdo verificadas nas Manuelinas com relação às Afonsinas, há que se notar, para além da inserção das leis extravagantes, a interpretação de passagens duvidosas e a supressão de normas revogadas, como por exemplo, a legislação especial para judeus, expulsos do reino em 1496, como também as normas relativas à fazenda real, que ganham corpo autônomo nas *Ordenações da Fazenda*.

Ordenações Filipinas

Após a publicação das Manuelinas mais uma vez um grande número de leis foi promulgado, de modo que, durante a menoridade de D.Sebastião, o Cardeal D.Henrique, regente do trono, encarregou Duarte Nunes do Leão, Procurador da Casa de Suplicação, de reunir todas as leis extravagantes e os assentos (decisões) da Casa de Suplicação numa compilação que veio a público em 1569 sob o título de *Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão*.¹⁷ Esta coleção não revogou o código manuelino, mas vigorou conjuntamente a ele.

Prosseguia, entretanto, a elaboração de novas leis e ao final do século novamente se fazia sentir a necessidade de uma reorganização do direito nacional. Assim, logo nos primeiros anos do domínio espanhol, Felipe II (Felipe I de Portugal) encarregou uma comissão de juristas para a tarefa de revisão e compilação das novas leis. Faziam parte da comissão: Duarte Nunes do Leão, os desembargadores Jorge de Cabedo e Afonso Vaz Tenreiro e, provavelmente, os juristas Pedro Barbosa, Paulo Afonso e Damião de Aguiar.¹⁸

Em 1595 os trabalhos já estavam concluídos, e as Ordenações, aprovadas por Felipe II. Publicado sob o título pomposo de *Ordenações e leis do reino de Portugal, recopiladas por mandado do muito alto, católico e poderoso rei dom Felipe, o primeiro*, o novo código, contudo, só passa a vigorar em 1603, no reinado de Felipe III (Felipe II de Portugal).

a actividade teórica dos jurisconsultos, naqueles sentidos socialmente mais convenientes que, por o serem, tinham sido os tomados pelos juristas mais influentes.” (HESPANHA, 1988: 127).

¹⁶ Aqui o monarca segue uma fórmula já antiga no resto da Europa, que justificava a vigência das leis romanas, não em razão do império (*ratione imperii*), mas pelo imperativo da razão (*imperio rationis*), ou seja, não em função da autoridade do imperador de Roma, mas sim pela racionalidade do direito romano.

¹⁷ Posteriormente esta coleção ficou também conhecida como *Código Sebastião*.

¹⁸ Os participantes da comissão encarregada de elaborar o novo código também constituem objeto de discussão entre os historiadores do Direito. A esse respeito, ver SILVA (1977b: .5-28).

O código filipino foi pouco além de uma revisão do seu predecessor. A preocupação fundamental foi a de reunir, num só texto, as leis promulgadas nas Manuelinas, a Coleção de Nunes do Leão e as leis posteriores. Mantém-se o mesmo esquema relativo à hierarquia das fontes de direito, mudando-se apenas o livro em que a matéria é tratada. Nas Afonsinas e Manuelinas, como já se disse, a questão era apresentada no Livro II (relativo às questões da Igreja), agora a questão aparece no Livro III (dedicado ao Processo civil). Mudança sutil, porém de importância sensível: ao retirar a matéria do Livro II, dá-se como solucionada, ao menos simbolicamente, o conflito de jurisdições entre o poder temporal e o poder religioso, passando a questão a ser encarada como mera questão processual.

Outro ponto a ser destacado nas novas Ordenações é que elas representam um pequeno recuo do prestígio conferido ao direito canônico em Portugal após o Concílio de Trento, cujas restrições e determinações haviam sido aceites na íntegra durante o reinado de D. Sebastião.¹⁹ Digno de nota também é o sensível progresso que se verifica em termos de linguagem. O estilo discursivo, embora ainda bastante obscuro em vários trechos, comparado às Manuelinas, é mais conciso e mais impessoal. De resto, a fidelidade ao texto manuelino é mantida, fato que os historiadores creditam à astúcia política de Felipe II, que teria achado por bem demonstrar seu respeito pelas instituições portuguesas para não ferir os ânimos de seus novos súditos. Quanto aos defeitos das Ordenações Filipinas, os chamados *filipismos*,²⁰ tem-se apontado a falta de clareza; as freqüentes contradições, uma vez que nem sempre se procedeu à pesquisa rigorosa de preceitos revogados ou caídos em desuso; e o obscurantismo de muitas disposições.

Terminado o domínio espanhol continuaram a vigorar as Filipinas, confirmadas em 1640 por D. João IV e revalidadas pelo mesmo monarca em 1643. Este código, a despeito de seus defeitos, foi o mais longo entre os 3, vigorando em Portugal até 1867, altura em que se publica o Código Civil. As tentativas de elaboração de um novo código, nos reinados de D. João IV e D. João V, não obtiveram êxito, o mesmo se dando sob o reinado de D. Maria I, quando as intenções reformadoras chegaram mais perto da consolidação. Vale lembrar ainda, que, a despeito de toda a crítica da Ilustração, as modificações introduzidas no período pombalino não chegaram a alterar de forma significativa o arcabouço legal de Portugal.²¹ Na América portuguesa

¹⁹ O Concílio de Trento (1545-1563), principal instrumento da Reforma Católica, teve, no plano do Direito, entre outras consequências, o fortalecimento do poder papal, a reforma do direito matrimonial e a sistematização da ajuda do braço secular na repressão à heterodoxia.

²⁰ O termo foi cunhado por José Viríssimo Álvares da Silva, em 1780, e é elucidativo do baixo cartaz que tinha o Código Filipino no meio jurídico português do século XVIII.

²¹ A Lei da Boa Razão, promulgada em 1769, fez diminuir a preponderância do direito romano como corpo de referência, ao determinar que o *costume* que datasse de mais de 100 anos e não estivesse em contradição com a lei tivesse a primazia como direito subsidiário. Preterido, o direito romano passava a ser aplicado apenas nos casos em que estivesse de acordo com a *boa razão*, e os glosadores ficavam proscritos como fonte de consulta. A aplicação, ou

o Código Filipino foi ainda mais longo. Sobrevivendo à Independência política, as leis portuguesas só foram derogadas por completo em 1917, quando a República finalmente coloca em vigor o Código Civil sancionado em 1916.²²

Tendo localizado as Ordenações do reino de Portugal no âmbito da História do Direito, cumpre agora fazermos um breve balanço do que elas representaram para a cultura jurídica da época e para o próprio processo político de centralização monárquica em Portugal.

Com relação à cultura jurídica, além do que já foi dito, resta mencionar que as Ordenações, inseridas no processo de codificação dos direitos nacionais que se alastrava pelo resto da Europa, significaram uma mudança profunda na realidade normativa, uma vez que elevaram os direitos dos reinos à posição de superioridade em relação ao direito romano. No campo do saber jurídico europeu, um deslocamento dessa ordem, junto com o desenvolvimento interno do sistema discursivo do Direito, gerou uma crise sem precedentes. Isso porque, até então, todo o saber jurídico se formara a partir da interpretação dos textos romanos. Ora, agora esse edifício alicerçado pelos Glosadores e Comentadores começava a ruir, uma vez que todo o esforço no sentido de modernização do direito romano deixava de ser necessário. Sob o pano de fundo do Humanismo, a idéia que preside a crise do saber jurídico é a de que, com a progressiva elaboração dos sistemas jurídicos, é possível encontrar soluções convenientes a partir do raciocínio dedutivo, e não mais através da interpretação dos textos romanos.

No caso específico de Portugal, a orientação humanista e o conseqüente racionalismo aplicado ao Direito tem se mostrado uma questão complexa,²³ e o fato de o direito romano ter sobrevivido neste reino, a despeito do assalto de que foi tomado em outros países da Europa, permanece uma questão em aberto para os estudiosos do Direito.²⁴

antes, a definição do que seria a “boa razão” foi matéria de calorosos debates no meio jurídico. Ver HESPANHA (1978).

²² O *Livro V* das Ordenações Filipinas foi substituído já em 1830, pelo *Código Criminal do Império*; em 1832, surge o *Código de Processo Penal* e em 1850, o *Código Comercial do Império*. Faltava, portanto, apenas a confecção do Código Civil, idealizado pela Monarquia desde 1857, a partir da *Consolidação das leis civis*. Embora várias tentativas tenham sido feitas com vistas à elaboração do Código, tal tarefa se concretizaria somente no período republicano.

²³ A questão do Humanismo em Portugal, embora relevante para a discussão do Direito, ultrapassa os limites de nossa pesquisa. Apenas enquanto instrumental de análise, admitimos que o Humanismo em Portugal apresentou especificidades que lhe conferiram um perfil muito particular (a cisão entre Ciência e Letras) com relação ao resto da Europa. Para um melhor detalhamento dessa discussão, ver CARVALHO (1980) Sobre as correntes racionalistas do Direito, mais uma vez, o estudo de HESPANHA (1998) fornece algumas chaves de entendimento para o caso português.

²⁴ A despeito da importância para o devir do pensamento jurídico europeu exercido pela *Escola Peninsular do Direito Natural*, que se desenvolveu nos séculos XVI e XVII sob a influência da Segunda Escolástica nas universidades de Salamanca, Valladolid, Coimbra e Évora, é um fato o atraso de Portugal na esfera do Direito no século XVIII. A Ilustração portuguesa levantou como uma de suas bandeiras a reforma do ensino das leis, como é possível acompanhar no texto de Verney, *O verdadeiro método de estudar* e no *Testamento político*, que D. Luís da Cunha dirigiu ao então futuro rei D. José. Uma reflexão feita a partir dos quadros internos do saber jurídico dando conta das razões desse atraso, contudo, ainda está por fazer.

Quanto ao impacto das Ordenações do Reino, a despeito da primazia portuguesa na codificação das leis, é preciso matizar a questão da supremacia do direito reinol sobre o direito romano, no que diz respeito a gerar uma crise no interior do saber jurídico. A criação da Universidade de Coimbra, em 1537, apenas a princípio guiou-se pela orientação humanista. As diretrizes propunham um ensino novo, contrário à subordinação da autoridade. Na prática, contudo, pode-se dizer que a força dos ventos renovadores não foi suficiente para promover um saber jurídico totalmente independente ou menos enciclopédico. Basta dizer que o direito do reino só passará a ocupar uma cadeira na Universidade a partir da reforma promovida por Pombal, no século XVIII, quando os Estatutos Novos criam a cadeira de Direito Pátrio. Em função disso, e talvez, em parte, por influência da leitura iluminista, tornou-se moeda corrente a interpretação de que o século XVII, marcado pela influência jesuítica também no campo do Direito, foi um século de estagnação ou mesmo retração em relação às propostas do século XVI.²⁵

Já no que tange ao processo de formação do Antigo Regime, no caso de Portugal, as Ordenações, tomadas como um todo, representam também a luta pela soberania e o esforço de centralização do poder nas mãos do monarca. Ao contrário do que hoje se pensa, a sistematização de um corpo de leis, longe de constituir um limite ao poder, no início do período moderno, significou uma afirmação do poder concentrado nas mãos do monarca.²⁶ O surgimento dos códigos legislativos na Europa do século XVI, não apenas acompanhou a formação das monarquias nacionais, como também foi a expressão de seu poder absoluto, ou pelo menos, de seu desejo de serem absolutas.

Grande parte da historiografia entende a recepção do direito romano como um dos elementos que contribuiu para a centralização do poder. O Direito, em Roma, foi uma consagração do poder imperial e apresentava a força expansiva e centralizadora necessária ao espírito imperialista. Daí que, sua adoção, por parte dos territórios não submissos ao poder imperial, pudesse servir também de alimento para seus anseios de soberania.

²⁵ Ver, por exemplo, o estudo recentemente publicado por NEDER (2000), onde a autora refere-se ao humanismo português como “humanismo depurado da Segunda Escolástica.” Apenas ressaltamos que, ao privilegiar os aspectos da continuidade, em detrimento da ruptura, no pensamento jurídico português, a autora, em nosso entender, propõe uma leitura reducionista da contribuição tomista. A leitura de HESPANHA (1998) pode ser tomada como um contraponto a essa interpretação. Por fim, entendemos que o termo “estagnação” não pode ser aplicado sem ressalvas ao direito português, a menos que se separe o direito pátrio daquilo que podemos chamar insatisfatoriamente de direito internacional, relacionado às populações indígenas encontradas no Novo Mundo. A legislação indianista produzida por Portugal e Espanha, tendo que versar sobre um problema inteiramente novo, criou uma ordem jurídica também nova, que se fundamentou no direito natural e teve como característica o dinamismo, pautado no experimentalismo jurídico e na política prudente. A esse respeito ver GONZÁLES, (1991) – Dissertação de Mestrado.

²⁶ Esta noção de que a lei serve como limite ao poder monárquico surge só no século XVIII, com a teoria política do Iluminismo e com a formação das monarquias constitucionais.

Um exemplo de como as Ordenações podem ser vistas a partir da perspectiva da centralização do poder e de que isso teria que se fazer lançando-se mão do direito romano em detrimento dos direitos feudais, consuetudinários e canônico, está expresso em Martins Jr.(1979) Segundo este autor, as Ordenações Afonsinas foram a resposta ao estado de confusão legislativa remanescente da época foraleira e também a expressão do impulso nacionalista, que julgava ser necessário afirmar a separação, que se consumara pela guerra, do reino de Castela também no plano das letras. Também teria sido dupla a causalidade das Manuelinas: além da vaidade de D.Manuel e de seu desejo de se imortalizar a partir de um código legal, o rei venturoso teria encontrado, nas leis romanas, o manancial propício para legitimação do poder absoluto dos reis. Por fim, as Filipinas teriam sido a resposta necessária, em termos de prerrogativas do poder soberano, ao Concílio de Trento, ou seja, uma reação contra o poder canônico. As Ordenações representariam, deste modo, a luta travada, no campo das letras, pela consolidação da independência política e pelo poder absoluto.

No entender de Hespanha (1998) contudo, esse tipo de leitura que atrela a recepção do direito romano ao processo de centralização monárquica precisa ser revisto, em face das particularidades apresentadas pela ordem jurídica do Antigo Regime, sobretudo em Portugal. Chamando a atenção para os mecanismos informais de normatização e para os limites encontrados pelo poder centralizador na aplicação da justiça, o autor salientou o fato de que a própria ordem jurídica letrada, nos moldes em que se organizava em Portugal, antes de promover a centralização do poder nas mãos do rei, teria contribuído, por meio de uma “doce estratégia” que mesclava paternalismo e repressão, para a permanência de pequenos focos de poderes locais.

Ainda que Hespanha possa ter razão quanto à ineficácia da centralização do poder em Portugal, e mesmo que, como faz Gomes da Silva (1985), se credite o surgimento das sucessivas Ordenações tão somente à confusão legislativa anterior à publicação dos códigos, é preciso lembrar que tal confusão comprometia o exercício da Justiça que, como se sabe, era uma prerrogativa régia. Não é à toa, portanto, que Cândido Mendes de Almeida irá dizer que o século XVI foi um século tomado pelo “furor de legislar”.

Na arquitetura política do Antigo Regime, o rei, em seu desejo de soberania, se fazia presente em todas as esferas. Lançando mão de dispositivos simbólicos, o rei reafirmava sua soberania aos olhos de seus súditos. Assim, a justiça era sempre praticada “em nome do rei, de seu poder e de sua glória”. Não por acaso também, as Ordenações não eram simplesmente Ordenações do Reino, mas, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas. As leis, associadas ao nome do monarca e válidas para todo o Reino e Conquistas, tinham sua autoridade emanada da figura do rei.

Desenhados sobre esse pano de fundo que apresentamos até aqui, o universo jurídico e o sistema judicial em Portugal do período moderno guardam algumas peculiaridades que merecem ser destacadas.

A primeira delas deriva do fato de que, sob o Antigo Regime, os titulares do Direito não eram pessoas, mas estados; ou seja, os homens existiam para a Lei a partir das posições que ocupavam na sociedade. A classificação binária que separa nobres e plebeus deriva do antigo Direito romano, passando deste ao Direito Comum. As Ordenações, por sua vez, vêm acrescentar a ela outros signos distintivos. Para além do imaginário nobiliárquico que arrogava para si qualidades como honra, virtude, coragem e civilidade, o discurso da lei entrelaçou a esse ideal de nobreza uma série de prerrogativas verificadas na aplicabilidade das penas.

No plano da dicotomia nobre/plebeu, o universo nobiliárquico português no século XVI era bastante matizado,²⁷ formado por categorias particulares, ligadas às distinções outorgadas pelo rei. A começar pelo escudeiro, todas as «pessoas de maior qualidade» gozavam de estatuto privilegiado, reconhecido na lei. Uma simples passada de olhos nas penas previstas pelo *Livro V* mostra como a legislação penal contribuiu na criação e na perpetuação da hierarquização da sociedade, uma vez que, também na legislação, as distinções e os privilégios saltam aos olhos, consagrando e multiplicando as diferenças sociais: para um mesmo crime, a lei podia determinar pena de enforcamento para os criminosos comuns e degredo para os extratos da nobreza.

A distinção entre homens e mulheres também obedecia, no plano legal, à lógica que defendia a primazia de uma categoria sobre a outra. No caso das mulheres²⁸, no âmbito das leis penais a diferença se fazia sentir no tipo de crime mais comumente atribuído ao sexo feminino (feitiçaria e crimes contra a moral) e também na distribuição das penas. Quanto à grelha classificatória do gênero feminino, a gradação mais evidente traduzia-se na hierarquia que vai da mulher honesta à escrava, tomando-se, em geral, como ponto de apoio dessa gradação, não a posição social, mas a honra feminina.

Outro ponto a ser destacado diz respeito ao funcionamento do judiciário. Estudos recentes têm demonstrado que, em Portugal do período moderno, era grande o volume de conflitos solucionados fora do universo dos tribunais da Coroa, sobretudo nas localidades mais afastadas dos grandes centros. À repartição de competências dentro do próprio universo judicial somava-se ainda a baixa cultura jurídica e mesmo o analfabetismo de muitos juizes locais -

²⁷ A categoria mais genérica de “nobreza” só vai se firmar na legislação a partir de finais do século XVIII, quando as leis passam a se utilizar do conceito de forma a englobar nele as distintas categorias privilegiadas. Se existia uma categoria comum nas Ordenações, pode-se dizer que essa categoria corresponde à dos *peões*, a que se opunha uma verdadeira plêiade de sub-estatutos da nobreza. Cf. HESPANHA (1993:27-42).

²⁸ Ver HESPANHA (1995b:53-64).

problema que mereceu inclusive a atenção das Cortes. Como consequência desta dupla conjuntura, os padrões de julgamento dos tribunais locais costumavam diferir muito dos que vigoravam nos tribunais da Corte e dos grandes centros. Enquanto que nestes últimos a presença de juizes letrados garantia - a princípio - a aplicação do direito da Coroa; nos tribunais locais dava-se ganho de causa aos costumes, e não raro as decisões eram orientadas em função de interesses dos potentados locais, que viam nos tribunais um verdadeiro instrumento de dominação dos mais fracos.²⁹

Um estudo dos perdões registrados em uma região do Porto mostrou como as instâncias extra-judiciais de resolução de conflitos podiam atuar como reguladoras da ordem social. (Monteiro, 1996). Os «Perdões de parte», mecanismo pelo qual os reclamantes desistiam de uma ação litigiosa, dão uma amostra da intervenção pacificadora de elementos não pertencentes ao meio jurídico na celebração dos acordos. Essa mediação não-judicial se fazia a partir de clérigos ou de figuras que angariavam respeito ou autoridade local. A persuasão, contudo, podia extrapolar o diálogo pacificador, indo de encontro aos constrangimentos e ameaças. Seja qual for o motivo que orientasse o perdão, há que se notar também que, nestes casos, os litigantes reproduziam, em outra escala, uma prática consagrada ao rei: a Misericórdia.

Último ponto a ser destacado aqui, a Misericórdia constituía o outro lado da Justiça. Misericórdia, Clemência e Graça eram virtudes tidas como essenciais ao bom governante. Senhor da Justiça na terra, ao rei cabia, não só zelar pela lei, mas também apiedar-se quando seu coração a entendesse muito dura; nesse caso, cabia ao soberano temperar o rigor da lei com seu perdão. São conhecidos os episódios de “Perdões gerais”, em que o rei perdoava condenados em massa em função de uma data festiva; havia também os casos de perdão específico, em que condenados requeriam ao soberano a suavização ou a dispensa da pena a partir de uma petição. No domínio da Graça, o rei contava com uma instituição própria: o Desembargo do Paço, que funcionava como uma espécie de Corte Suprema, a que recorriam tanto os tribunais civis quanto os tribunais religiosos do Santo Ofício.

No universo jurídico português, os dois últimos pontos destacados - a descentralização do judiciário e a misericórdia - dão conta da existência de uma flexibilidade nada desprezível dentro do funcionamento do sistema judicial; tal flexibilidade, ao nosso ver, é tributária do próprio universo jurídico português: foi a partir dele que se estruturou um sistema judicial bastante peculiar, que permitia o reordenamento das penas sem que isso significasse

²⁹ A permanência desses poderes locais e sua ação na esfera da Justiça é um dos pilares que sustenta a tese de Hespanha de que o poder político estava muito mais repartido nas sociedades modernas do que faz pensar à primeira vista o rótulo de *Estado Absolutista*.

necessariamente o descumprimento da lei. A própria dispensa da lei a partir da graça régia, se de um lado, era um ato de misericórdia; de outro, configurava também uma demonstração de poder.³⁰ No teatro do Antigo Regime, com o respaldo do Direito, o soberano cumpria assim o seu papel de pai e pastor de seus súditos.

A economia da punição

Com a codificação das leis do reino, o sistema punitivo em Portugal adquiriu também alguns contornos novos. A primeira mudança que salta aos olhos é a consolidação da vitória do Estado na luta pela estatização da Justiça. Paralelamente a essa estatização tem lugar um processo de publicização da punição, cujo correspondente, no plano legal, foi a sistematização das penas. Assim, cada Livro V das respectivas Ordenações do reino traça um quadro descritivo das punições fixadas para cada crime; e, embora prejudicado pelo perfil casuístico, o esforço de sistematização é notável. O elenco de penas previstas nesses códigos integra a economia da punição da sociedade portuguesa do período moderno.

Desde os séculos XII e XIII, em várias localidades da Europa, o Estado passa, cada vez mais, a chamar para si a exclusividade na aplicação da punição, de forma a reprimir a *vindicta*, sistema de auto-tutela ou vingança privada, comum na solução de litígios durante praticamente toda a Idade Média européia. A vingança privada era regulada juridicamente e constituía uma das características marcantes do direito medieval, que tinha suas raízes do direito germânico. A liquidação judiciária se traduzia nos termos de uma guerra particular, onde o procedimento penal reduzia-se à mera ritualização da luta, com as autoridades mediadoras intervindo tão somente para assegurar a regularidade dos procedimentos. Sob esse aspecto, o direito medieval nada mais era que uma “forma regulamentada de conduzir uma guerra entre indivíduos”. (FOUCAULT, 1999). Ao contrário da imagem característica do período moderno, do direito associado à paz e à ordem, como nos referimos no início deste capítulo, o direito aparece aqui associado à guerra.

O sistema que regulamentava os litígios pautava-se pela luta, que poderia assumir a forma de vinganças individuais, duelos ou provas semelhantes a ordálios. O fim do litígio poderia se dar pela consumação da vingança ou por transações econômicas.³¹ Tratava-se, portanto, de uma

³⁰ Na Inglaterra do século XVII, John Locke evidenciou o aspecto político do perdão em seu *Segundo tratado de governo civil*, ao falar na «Prerrogativa», mecanismo legal pelo qual somente o rei podia conceder o perdão em casos onde deveria ser aplicada a pena capital.

³¹ No caso de Portugal, a *vindicta* se processava da seguinte forma: a partir de uma declaração de inimizade, uma das partes litigantes propunha um desafio perante o concelho. Após algumas formalidades, entre elas, uma declaração solene de inimizade seguida de uma possível trégua de 8 dias, em que o desafiado poderia abandonar o local após pagar a sanção pecuniária fixada pelo concelho, tinha início uma verdadeira guerra particular, ficando a família (parentes até o 4º grau) do desafiado sujeita à perseguição, sendo que a inimizade só cessava com a execução da vingança ou da reconciliação entre as partes. Cf. CORREIA (1977).

prova de força, onde a razão se colocava *a priori*, do lado de quem detinha a força física, política ou econômica.

Por volta do século XII a Europa ocidental assiste à formação do poder judiciário. A Justiça passa a ser identificada como um poder exterior aos indivíduos. Atrelado ao poder político, e concentrado, desse modo, nas mãos de uma parcela de poderosos (reis, senhores), ao poder judiciário cabe a resolução de toda a sorte de litígios por meio de procedimentos judiciais igualmente novos: os inquéritos, que objetivam a verificação da culpa³²; e as sentenças, que visam a reparação do dano cometido. Surge também por essa época a noção de infração, e com ela, a ação pública. Ou seja, o dano não é mais entendido como algo cometido por um indivíduo contra outro, mas como uma ofensa à ordem, ao rei e à comunidade. A ação penal, por sua vez, deixa de estar circunscrita à oposição entre indivíduos, famílias ou grupos, e passa a ser pública, uma vez que o poder judiciário nascente reclama, em nome do rei e da comunidade, uma reparação pública, que se dá, em vários casos, sob a forma de multas e confiscos.³³

No caso português essa tendência à estatização da Justiça delineou-se já nos primeiros tempos da monarquia, a partir das *Posturas* de D.Afonso II, em 1211. A despeito de sua escassa produção legislativa, D.Afonso II dedicou especial atenção às questões do que entendemos hoje por Direito Penal. As *Posturas* apresentam uma série de limitações à vingança privada: a proibição da realização da vingança dentro da casa do inimigo, ou a destruição dos seus bens imóveis, ou ainda o corte de suas árvores e vinhas. Proibiu-se também que a vingança recaísse sobre os homens do inimigo, desde que estes não tivessem tomado parte no delito. A razão para as preocupações de D.Afonso II era o fato de que a luta entre as partes inimigas apresentava um caráter quase endêmico, onde cada ato de vingança de uma das partes era seguido de novas represálias da outra parte, causando, deste modo, uma situação de transtorno, cujo fim só poderia ser vislumbrado a partir da solução da discórdia por juízes em harmonia com o Direito.

³² O inquérito como forma de averiguação da verdade utilizado na solução de litígios já existia no direito grego clássico e no direito romano. O direito medieval, contudo, recorreu ao sistema de provas nos moldes do direito germânico e do direito grego arcaico. Segundo FOUCAULT (1999) o ressurgimento do inquérito, nos séculos XII e XIII, teve uma matriz dupla, de natureza medieval e não antiga: de um lado, o inquérito administrativo praticado pelo império carolíngio; e de outro, o inquérito religioso praticado ao longo da Idade Média sob a forma das Visitações, onde se procediam às Inquisições Gerais e Inquisições Especiais. Como substituto do sistema de provas, o inquérito traduz uma nova noção de estabelecimento da verdade, pautada num sistema racional, onde o papel preponderante é dado à testemunha. No entender de Foucault, entretanto, o ressurgimento do inquérito não foi uma conquista da racionalidade, mas o resultado de uma transformação política complexa, onde o inquérito se insere como “uma determinada maneira do poder se exercer” e que acaba por se disseminar, fora do domínio do judiciário, por vários ramos do saber. O inquérito estaria, assim, na origem de um tema caro à análise foucaultiana: o poder-saber.

³³ Tais confiscos se apresentavam também como um meio de enriquecimento das monarquias medievais nascentes, o que torna lícito afirmar que a apropriação da Justiça por parte do Estado significou também a apropriação de todo um sistema gerador de riquezas.

A evolução desta política legislativa que intentava suprimir o sistema de vingança se intensificou nas Ordenações Afonsinas, que acrescentaram várias medidas proibitivas aos abusos particulares, ao mesmo tempo em que se buscava organizar melhor o sistema judiciário. Ou seja, o Estado não só chamava para si o exercício da punição como, de quebra, promulgava leis preventivas contra a obstrução da Justiça. As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas prosseguiram com o mesmo intuito de regular a punição, sem alterar de forma significativa o sistema penal, tal como ele foi estruturado a partir do Código Afonsino.³⁴

No exercício da punição o Estado passa a lançar mão de formas de violência reguladas juridicamente e socialmente aceitas. A distribuição dos castigos ligava-se à economia da punição sob o Antigo Regime. A execução das penas obedecia à lógica da pedagogia do medo, onde a teatralização ocupa um papel fundamental. A economia da punição passava pelo espetáculo: espetáculo intimidativo, que visava desencorajar futuros criminosos, mas espetáculo do poder também. A encenação da punição e a encenação do poder do rei não apenas se confundiam nos patíbulo onde se executam as mil mortes, como também nos corpos dos supliciados - suportes materiais onde se inscrevia a vontade do soberano.

Estamos ainda há pelo menos 2 séculos da era da sobriedade punitiva, onde o castigo se inscreve numa economia de direitos suspensos.³⁵ No século XVI das Ordenações Filipinas o principal alvo dos castigos ainda é o corpo; sobre ele incidem os suplícios; a partir dele se organiza todo um espetáculo punitivo elaborado com os mesmos cuidados dispensados a outras espécies de cerimonial como as festas, as entradas régias, os banquetes, etc. Visto desse modo, o espetáculo da punição constitui mais uma cerimônia onde o poder se manifesta. A execução das penas, com toda a formalidade que a acompanha, constitui o momento em que o êxito da Justiça se faz mais visível. Por essa razão também, o castigo deveria ser exemplar, aplicado ao condenado e tomado como lição para toda a platéia do espetáculo punitivo.

Outra época, outras maneiras de punir, ligadas a um outro tipo de sensibilidade diante do corpo e do sofrimento, mas sobretudo, ligadas a um tipo bastante específico de organização do poder. A crueldade dos castigos e sua publicidade explicam-se também a partir do fato de que, desde que o monarca se empenhara em fazer valer a sua vontade sobre as vinganças particulares, ou seja, desde que se tornara pública e estatal a justiça penal, cometer um crime significava lesar diretamente o soberano, pois este, nas monarquias absolutistas, é a personificação da Justiça. Um

³⁴ Entre outras sanções, a legislação filipina previa a pena de degredo para a África “até a mercê” aos que fizessem duelos (desafios) e a pena de degredo para o Brasil por 10 anos aos que levassem recados de duelos. Cf. *Ordenações Filipinas*, Livro V, tit.43, § inicial e § 2, respectivamente.

³⁵ Sobre a transição para essa modalidade sóbria de punição que prescinde dos castigos eminentemente físicos, ver FOUCAULT (1987).

criminoso é aquele que coloca-se pessoalmente contra a vontade do soberano inscrita em sua legislação. Não surpreende, portanto, que a intervenção régia deixe de se configurar pela arbitragem entre lados litigantes e passe a se traduzir como réplica. Na era denominada por alguns juristas como a “época das vinganças públicas”, a punição constituía uma vingança do rei regulada juridicamente contra aquele que o ofendeu.³⁶ Isso explica, em parte, a severidade dos códigos penais europeus da época moderna. Entre eles, o Livro V das Ordenações Filipinas destaca-se por seu excessivo rigor. Desde o século XVIII, inúmeros juristas dirigiram severas críticas ao Livro V. “Legislação sanguinária”, “leis odiosas” e “barbárie penal” são apenas algumas das apreciações mais comuns saídas das penas dos juristas para se referir ao código penal filipino.

O quadro punitivo e o lugar da pena de degredo nas Ordenações portuguesas

A apropriação do sistema judiciário por parte do Estado, e a sofisticação introduzida no campo legislativo a partir da formação do Direito europeu, tiveram como contrapartida a elaboração de um sistema de penalidades previstas para várias situações de crime. Em Portugal, esse esforço de sistematização já se fazia sentir na legislação foraleira e ganhou expressão nas compilações legislativas nacionais. Contudo, trataremos aqui somente do quadro de punições fixado pelas Ordenações, com ênfase nas Filipinas.³⁷

As penas de degredo e de morte, em suas várias fórmulas, são as que aparecem com mais frequência ao longo do Livro V. Para além delas, havia também uma série de penas acessórias ou paralelas, que podem ser divididas em penas corporais, pecuniárias e espirituais.

As **penas espirituais** eram aplicadas aos hereges (heterodoxos) e apóstatas (que abjuram da fé cristã) penitentes, e sua determinação ficava a cargo dos juízes eclesiásticos.³⁸

As **penas pecuniárias** eram largamente utilizadas e dividiam-se em confisco (parcial ou total) e multas. Em geral, o grau do confisco dependia da gravidade do crime. A princípio, o confisco poderia se reverter em favor dos herdeiros do condenado ou de sua vítima, mas cada vez mais se tornou comum nas Ordenações a transferência dos bens em prol da Coroa, das almas (Misericórdia) e da fé (Cativos). As multas podiam ser fixadas em valores de acordo com o tipo de crime; podendo assumir também a forma de indenizações, variáveis segundo a condição do réu ou da vítima; ou ainda segundo o valor do objeto do crime, podendo, nesse caso,

³⁶ FOUCAULT (1987) chega a traduzir o suplício em termos de uma justa travada entre o rei e o condenado. Envolvido em todo o aparato militar, o cerimonial do suplício formulava-se como uma espécie de encenação de uma guerra, cuja função era demonstrar a dissimetria entre as forças do rei e do condenado.

³⁷ Para uma descrição das penas previstas anteriormente ao período das Ordenações, ver CORREIA (1977).

³⁸ Ver *Ordenações Filipinas*, Livro V, tít. 1, § 4.

corresponder ao dobro, tresdobro, anoveado, etc. Quando não pagas, as penas pecuniárias normalmente eram substituídas por açoites ou degredo.

As **penas corporais**, na sua imensa maioria, aparecem associadas às “pessoas vis”, ou seja, aos que não pertenciam à nobreza. Era o caso, por exemplo, dos açoites, normalmente vetados aos nobres; e da marca em ferro sobre o rosto, restrita aos mouros.³⁹ Já as penas de mutilação (ter as mãos decepadas), também classificadas como infamantes, poderiam, em certos casos, ser aplicadas à nobreza.⁴⁰

No elenco de penalidades previstas pelo código Filipino havia também outros tipos de penas aplicadas em casos bastante restritos: a perda de cargos, privilégios, honra ou do estatuto nobiliárquico – portanto, uma espécie de **pena de degradação**, embora não se encontre assim denominada no texto da lei; a **pena de servidão**, reservada normalmente aos mouros e judeus;⁴¹ e a **pena de prisão** (são poucos os casos em que deparamo-nos com a prisão penal; na maioria das sentenças onde aparece a prisão, ela tem a característica do que chamamos atualmente de prisão processual ou preventiva).

A legislação da época classificava as penas em infamantes e não infamantes. Por penas infamantes entendia-se todas as que acarretassem desonra. O caráter de infâmia ligava-se também à publicidade da punição, à humilhação pública. De regra, ficavam isentos desse tipo de pena todos os nobres, salvo para os casos em que o crime julgado pertencesse à classe dos crimes gravíssimos ou imperdoáveis.⁴²

Infamantes eram a pena de degredo para as galés, as penas corporais, as penas públicas como o barço e o pregão,⁴³ que aparecem freqüentemente associadas, e as penas que produziam estigmas, como a capela dos cornos,⁴⁴ e as polainas e enxarvias.⁴⁵

³⁹ *Ordenações Filipinas*, Livro V, tit. 111, § 2.

⁴⁰ Nas *Ordenações Filipinas*, Livro V, tit. 39, § 1, determina-se expressamente que “cavaleiros, escudeiros e pessoa de menor condição” tivessem a mão decepada por sacarem armas na Corte ou em presença do rei. Também no tit. 35, § 3 determina-se expressamente que “qualquer pessoa” que cometesse homicídio por dinheiro recebesse, além da condenação de morte, a pena de ter as 2 mãos decepadas; o § 4 do mesmo título previa igualmente que “alguma pessoa, de qualquer condição que seja”, que matasse outra com besta ou espingarda, “além de por isso morrer morte natural, lhe serão decepadas as mãos ao pé do pelourinho”.

⁴¹ *Ordenações Filipinas*, Livro V, tit. 111, § 2.

⁴² Segundo COATES (1998) distinguiam-se 3 classes de crimes: menores, graves, e gravíssimos ou imperdoáveis. Os **imperdoáveis** abrangiam a heresia, sodomia, traição (lesa majestade) e a contrafacção (moeda falsa); para esses casos de crimes, cessavam todos os privilégios. Por crimes **graves** eram designados todos os crimes que não eram abrangidos nos Perdões Gerais; eram eles: homicídio, blasfêmia, feitiçaria, rapto, violação, etc. Os crimes **menores**, por fim, abrangiam todas as faltas mais corriqueiras como a difamação, casos menores de agressão, fraudes menores, etc. Os crimes imperdoáveis seriam punidos com morte cruel; em geral, os crimes graves implicavam em degredo para o Brasil; e os crimes menores, em degredo interno.

⁴³ No período medieval, barço designava a pena de açoites por meio de uma corda; na época das Ordenações, a pena de barço consistia em envolver o pescoço ou o tornozelo do condenado com uma corda, para que ele com ela desfilasse aos olhos da sociedade por um prazo determinado ou por toda a vida. O pregão consistia no anúncio da culpa e da pena do condenado. De acordo com o crime e com a qualidade do criminoso, o pregão

Todas as penas descritas acima podiam ser sentenciadas de forma autônoma em se tratando de faltas menores, e para os casos de reincidência previstos na legislação, normalmente aplicava-se a pena de degredo. Em geral, essas penas eram mais aplicadas como punições paralelas, coadjuvantes do castigo principal - geralmente o degredo ou a morte.

A **pena de morte** aparece com grande frequência nas Ordenações, fazendo com que se atribua aos códigos portugueses o caráter de severidade extremada ou de “legislação sanguinária”. Por hora, sem entrarmos no mérito da questão da aplicação real ou virtual dessa pena, ressaltamos o fato de que nas Ordenações se delineia um vasto repertório de mortes. As fórmulas eram basicamente 3: *morra por isso*, *morra por ello* e *morra por isso morte natural*. Dessas, apenas a última significava invariavelmente morte física.

Quanto às formas de execução, havia uma variedade considerável: lapidação (apedrejamento), fogueira, crucificação, afogamento, sufocação, veneno, decapitação e força. A morte poderia ainda ser cruel (antecedida por suplícios) ou atroz (seguida de confisco de bens, proscrição da memória, esquartejamento, queima de cadáver, etc.). Todo esse repertório de mortes compunha uma tecnologia que previa modulações nos requintes de crueldade, indo desde a morte rápida, passando pela morte lenta, alcançando até a eternidade, ou seja, o limite da memória.

A punição não necessariamente cessava com a morte do condenado. A chamada *morte para sempre* determinava que, depois de morto - neste caso, fora da cidade - o condenado não tivesse direito à sepultura, ficando o cadáver exposto até o dia 1º de novembro, o Dia de Todos os Santos, quando então era sepultado pela Confraria da Misericórdia. O espetáculo da execução poderia ter seu lugar mesmo nas situações em que o condenado não estivesse presente ou que já se encontrasse morto. No primeiro caso, o condenado era executado em efígie (figura); no último, procedia-se à execução do cadáver. Por meio da infâmia e da danação da memória, o castigo poderia ainda ser transmitido aos seus descendentes ou fazer apagar os vestígios da memória sobre o criminoso.

Quanto ao significado das expressões *morra por isso* e *morra por ello*, há um longo debate no meio jurídico dos séculos XVIII e XIX. Todos concordam que se trata de expressões sinônimas e

podia ser público (nas ruas) ou ser dado em audiência (em recinto fechado); este último, por não expor o condenado, era preferencialmente aplicado aos nobres.

⁴⁴ Capela de cornos era uma espécie de grinalda de cornos que deveria ser utilizada quando o marido consentisse o adultério de sua esposa. A legislação mandava que tanto o marido quanto a esposa se apresentassem vestidos com a indumentária para os açoites públicos, que precediam o degredo para o Brasil. Ver *Ordenações Filipinas*, Livro V, tit. 25, § 9.

⁴⁵ Polainas e enxarvias eram espécies de lenços ou toucas vermelhas que as alcoviteiras eram condenadas a usar, cobrindo suas cabeças. Ver *Ordenações Filipinas*, Livro V, tit. 32, § 6.

há um certo consenso em afirmar que elas não significam morte natural, salvo em alguns casos específicos. Na edição do Código Filipino organizada por Cândido Mendes de Almeida, é possível acompanhar parte desse debate. Devemos ressaltar, contudo, que a disposição da notas de rodapé - onde se dá o debate, segue a mesma casuística das Ordenações. Além disso, Almeida, à semelhança dos glosadores medievais, limita-se, muitas vezes, a apresentar as interpretações dos juristas; postura perfeitamente compreensível neste caso, mas que, no final das contas, acaba por se revelar de pouca ajuda no sentido de encaminhar uma conclusão.

Os especialistas do Direito, atualmente, parecem dar por encerrada a questão, admitindo que a expressão *morra por isso* se contrapõe a *morra por isso morte natural* tanto quanto «morte civil» se opõe a «morte física». Afastada a possibilidade de morte física, entretanto, a interpretação doutrinal de morte civil mantém ainda suas lacunas. Em sua teoria sobre o direito penal da monarquia portuguesa, Hespanha (1995) apresentou os argumentos de alguns juristas sobre o assunto. Partindo do pressuposto de que *morra por isso* significava invariavelmente morte civil, uns entenderam que esta designava “degredo por mais de 10 anos”; outros, “exílio perpétuo”; tendo ainda quem afirmasse que “onde quer que a lei fale de pena capital, não se entende morte natural, mas degredo”.

Na historiografia a questão permanece aberta. Também a discussão a respeito da fórmula *morra por isso*, dada por encerrada no meio jurídico, no meio historiográfico surge como apenas aparentemente resolvida:

Silvia Hunold Lara, que organizou a edição mais recente do Livro V das Ordenações Filipinas, descarta qualquer equivalência com a morte física, ao afirmar na Introdução: “O criminoso podia ser condenado a *morrer por isso* (ou por *ello*, termo hoje inexistente), o que significava tornar-se infame pelo delito cometido, perder os bens e qualquer grau social, como o de nobre, por exemplo; alguns estudiosos afirmam que essa modalidade poderia ainda ser equivalente ao degredo ou a uma espécie de morte «civil»”. (Lara, 1999: 22-23)

A discussão do significado da expressão ganha relevo em face à produção historiográfica que tem se formado recentemente em torno do tema do degredo⁴⁶. Geraldo Pieroni, que pesquisou a pena de degredo nos Regimentos do Santo Ofício, não afasta a possibilidade de morte física, e em sua definição, traduz morte civil por degredo: “A expressão que designa a pena de morte - *morra por ello* - é freqüente. Mas a sentença *morra por ello*, bem como a *morra por isso*, não

46 Tema pouco explorado e apenas recentemente “descoberto” pelos historiadores, o degredo surge como tema de pesquisa a partir de final dos anos 1980, mas é sobretudo na década de 1990 que se impõe como objeto de estudo sistemático. A respeito da bibliografia do degredo que começa a se constituir, ver o número especialmente dedicado ao tema da revista Textos de História (1998/1999) e os trabalhos de COATES (1998), PIERONI (2000) e TOMA (2002).

significa unicamente a morte física, às vezes pode significar morte civil, a qual excluía o condenado de seu meio social por uma condenação a degredo”. (Pieroni, 2000: 45).

Thimoty Coates e Janaína Amado, também historiadores do degredo, aparentemente, concordam que a fórmula remeta à morte civil, mas sustentam que degredo e morte civil não devem ser tomados como equivalentes: segundo Coates, morte civil poderia, em alguns casos, determinar degredo, embora os 2 termos não sejam correspondentes; Amado entende que a morte civil seria uma penalidade ainda mais severa que o degredo, uma vez que impunha perda de nacionalidade e de uma série de direitos.⁴⁷

De nossa parte, sustentamos que com base unicamente no Livro V das Ordenações Filipinas não é possível atribuir o significado de morte civil ou degredo à expressão *morra por isso*. A análise caso a caso dos títulos e parágrafos das Ordenações Filipinas indica que o sentido da expressão é variável, podendo significar teoricamente morte física para a maioria dos casos.⁴⁸ Estamos de acordo, porém, que na prática é bem provável que muitos dos criminosos sentenciados a “morrer por isso” acabassem sendo punidos com o degredo, mas isso se dava também com criminosos punidos com a sentença de morte natural expressa, conforme demonstram os estudos mais recentes sobre degredo e sobre os perdões. Em nosso entender, essa questão diz respeito, não mais ao significado da expressão, conforme se pode depreender do texto das Ordenações, mas às características do sistema judiciário português e à forma peculiar como era concebida a economia da punição em Portugal durante o período moderno.

A despeito do elevado número de condenações à morte previsto na legislação, a peça central do sistema penal português era a **pena de degredo**. Equivalente da pena de reclusão para o nosso atual sistema penal, e já largamente prevista no código Afonsino, a pena de degredo foi ampliada a cada novo código, se estendendo por uma gama considerável de crimes, e aplicável quer como pena autônoma, quer como pena combinada normalmente a penas pecuniárias ou corporais. Quanto à duração do degredo, este poderia ser perpétuo, fixado em alguns meses ou anos (máximo 10) ou indeterminado (até o perdão). Com relação aos locais para o cumprimento da pena, além das galés, o degredo poderia ser interno ou externo, em localidade determinada ou não.

⁴⁷ As opiniões de Coates e Amado foram expressas no debate que se seguiu à palestra proferida por Coates na Universidade de Brasília, em junho de 1999. Cf. TOMA (1999: 259).

⁴⁸ Uma análise pormenorizada das ocorrências da fórmula “morra por isso” nas Ordenações Filipinas encontra-se no Anexo 1 de nossa Dissertação de Mestrado. Cf. TOMA (2002).

Espalhadas por inúmeros parágrafos organizados de maneira casuística, encontramos, em nossa pesquisa, 265 condenações ao degredo no Livro V do Código Filipino.⁴⁹ Tomando esse número como valor mínimo, as condenações ao degredo figuram como peça central do sistema punitivo das Ordenações. As outras penas aparecem em números bem menores: algo em torno de 70 condenações à morte (15 delas com o significado atribuído a partir da pena original *morra por isso*); algumas poucas dezenas de casos em que as penas pecuniárias não ocupam o papel de punição paralela; um número ainda menor de casos (cerca de 25) em que os açoites são a pena principal; pouco mais de uma dezena de prisões com caráter punitivo (detenção de 15 a 90 dias); além das raras condenações à servidão e à mutilação.

Com base nas condenações previstas nesses títulos, é possível se ter uma idéia geral da distribuição dos castigos. O sistema de comutações de penas, como já dissemos no capítulo II, no que tange ao degredo, rompeu, em vários momentos, o equilíbrio entre gravidade do crime e rigor da pena, mas é de se notar que esse equilíbrio encontra-se representado na distribuição original dos castigos no texto da lei: penas pecuniárias e degredo interno (fixado em alguns meses) para os casos menos graves; degredo interno e degredo para a África (de 1 a 4 anos) para os casos um pouco mais graves, para reincidentes cuja pena original era o degredo interno, ou para casos em que a sentença é dada aos nobres em substituição aos açoites; ainda dentro dessa escala, casos de maior gravidade merecem penas de degredo para as galés (de 1 a 4 anos), para a África (10 anos) e para o Brasil (mínimo de 5 anos); ficando, para os casos gravíssimos, logo abaixo da pena de morte, o degredo perpétuo.

Há que se notar também que o degredo corresponde a um tipo muito específico de expulsão penal – distinto, em sua natureza e em suas premissas, de outras formas de expulsão praticadas na história – que deve ser compreendido dentro de uma política, cujo funcionamento obedecia a uma lógica dupla: a do afastamento dos criminosos e a de seu aproveitamento por parte do Estado⁵⁰. No caso português, conforme atestam os estudos mais recentes, os frutos dessa política eram otimizados na medida em que o sistema de degredo encontrou na flexibilidade uma de suas características marcantes, quase uma segunda natureza. Nossas incursões pelo universo jurídico acabaram por nos revelar que, se de um lado, essa flexibilidade se instituiu a partir da legislação, sendo portanto, constitutiva da política de degredo a partir da legislação extravagante consagrada nas Ordenações Filipinas; de outro, ela se deve, em parte, aos

⁴⁹ Chegamos a esse valor com base nas ocorrências da sentença de degredo em 89 títulos, dos 143 existentes no Livro V.

⁵⁰ Sobre a especificidade da pena de degredo, ver o cap.II de nossa Dissertação de Mestrado (TOMA, 2002), onde se defende, a partir da etimologia e do cruzamento entre História e Direito, a peculiaridade do termo degredo. Daí entendermos que os termos *degredado*, *exilado*, *deportado*, *relegado* e *banido*, apesar de próximos, não são equivalentes e, como tal, não podem ser utilizados de forma indiscriminada.

mecanismos e brechas abertas pelo próprio aparelho judiciário e pela cultura política da misericórdia.

Em Portugal o degredo teve uma longa vigência, que se inicia no século XIII, indo se extinguir apenas em 1954, pelo Decreto 39:668. A legislação, ao longo dos séculos XV e XVI, foi ampliando o alcance da pena e modificando, assim, a sua prática. O degredo interno e o degredo para as galés foram paulatinamente cedendo terreno ao degredo externo, que se configurava agora como degredo colonial. Tomadas em conjunto, as modalidades de degredo praticadas pela Coroa permitem a caracterização do degredo português do período moderno como um sistema de transplante populacional que, fundado na legislação penal, pautava-se no aproveitamento racional dos condenados, vistos como mão de obra móvel, passível de ser colocada a serviço do reino sob as mais variadas formas.

Peça central do aparelho punitivo, a pena de degredo responde por mais da metade das condenações previstas no texto da lei. Essa centralidade da pena de degredo deve ter contribuído para a criação de um sistema punitivo menos teatral, considerando a economia geral dos castigos peculiar ao Antigo Regime, pautada nos castigos exemplares e na exposição quase didática que envolvia a punição, desde a sentença até a sua aplicação. A sentença de degredo, ao determinar o afastamento dos condenados, à primeira vista escapa a essa lógica que relaciona a exposição do castigo ao exercício do poder. Tal deslocamento, entretanto, revela-se apenas aparente, uma vez que a prática do degredo revela-se intimamente imbricada à lógica do Absolutismo português, cuja soberania se construía em torno da misericórdia – ou seja, mais do que a publicidade dos castigos, era a publicidade da graça que dava o tom da encenação do poder, e sob esse aspecto, o degredo, ao associar-se ao sistema de comutações de penas e aos perdões, teve muito a contribuir. Ao mesmo tempo, o sistema do degredo previa, ao menos em tese, que a vontade do rei continuasse a reger a vida dos condenados, mesmo à distância.⁵¹ Se na prática, os funcionários – olhos do império – incumbidos desse controle foram pouco atuantes, em função da própria extensão do corpo político do reino, resta o fato de que a política do degredo contribuiu para a consolidação do poder do monarca, ao permitir reunir em um único instrumento de punição o castigo e o aproveitamento dos condenados por parte do Estado que os sentenciou.

⁵¹ O «Regimento dos degredados», que regulamentava todo o sistema de degredo, prevê um controle rigoroso sobre o degredo em todas as suas instâncias. A despeito dessa pretensão ao controle, os estudos recentes sobre a prática do degredo português apontam falhas de todo o tipo, evidenciando que o cumprimento da ordem régia de vigilância e controle mostrava-se, na prática, sempre muito precário.

Fontes:

1. Legislação

Auxiliar Jurídico: apêndice às Ordenações Filipinas. 2v. Reprodução «fac-símile» da edição feita por Cândido Mendes de Almeida [1869]. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985.

Ordenações Filipinas. 3v. Reprodução «fac-símile» da 14ª edição, feita por Cândido Mendes de Almeida [1870]. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985.

Ordenações Filipinas: Livro V. (organização Sílvia Hunold Lara). SP, Companhia das Letras, 1999. (coleção Retratos do Brasil).

“Regimento dos degredados” [1582]. In: *Textos de História: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UnB*. Brasília, vol. 6, nº 1-2. 1998/1999. pp.265-279.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Cândido Mendes de. “Ao leitor” [Introdução às Ordenações Filipinas], *Ordenações Filipinas*. Vol.I. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985. pp.V-XXXVII.

AMARAL, João José Miguel Ferreira da Silva e. “Dissertação analytica do sentido natural e jurídico das palavras – e morra morte natural na forca para sempre - § inicial do título 41 do Livro V das Ordenações do Reino”, *Gazeta dos Tribunaes*. Ano 2, nº 310. Lisboa, 30 de setembro de 1843.

CAETANO, Marcelo. *Lições de história do Direito Português*. Coimbra, 1962.

CARVALHO, Joaquim Barradas de. *O renascimento português: em busca de sua especificidade*. Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980.

COATES, Thimoty. *Degredados e órfãs: colonização dirigida pela Coroa no império português. 1550-1755*. Lisboa, CNCDP. 1998.

CORREIA, Eduardo. “Estudo sobre a evolução das penas no direito português”, *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, nº 53. 1977.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 17ªed. Petrópolis, Vozes, 1987.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. RJ, Nau, 1999.

GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Chicago, University of Chicago Press, 1990.

GONZÁLES, Rafael Ruiz. *Francisco de Vitória e a liberdade dos índios americanos: a difícil implantação dos direitos humanos na América espanhola*. Dissertação de Mestrado apresentada à área de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. SP, 1991.

HESPANHA, Antônio Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa, Horizonte, 1978.

_____. “A nobreza nos tratados jurídicos dos séculos XVI a XVIII”, *Penélope – Fazer e desfazer a história*. Lisboa, nº12, 1993. pp.27-42.

_____. *História de Portugal Moderno: político e institucional*. Lisboa, Universidade Aberta, 1995.

_____. “O estatuto jurídico da mulher na época da expansão”. In: *O rosto feminino da expansão portuguesa. Actas I*. Lisboa, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 1995. pp-53-64.

_____. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2ªed. Lisboa, Europa-América, 1998.

- LARA, Silvia Hunold. “Introdução”, *Ordenações Filipinas: Livro V*. SP, Companhia das Letras, 1999. pp. 19-48. (coleção Retratos do Brasil).
- MARTINS Jr., Isidoro. *História do Direito Nacional*. 3ªed. Brasília, Depto. Imprensa Nacional, 1979.
- MONTEIRO, Isilda B. da Costa. “A litigiosidade e o «Perdão» em Vila Nova de Gaia (séculos XVII e XVIII)”, *Revista de Ciências Históricas*. Universidade Portucalense, vol. XI, 1996, pp.101-112.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. RJ, Instituto Carioca de Criminologia/Freita Bastos, 2000
- PIERONI, Geraldo. *Os excluídos do Reino: a Inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil Colônia*. Brasília/SP, UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. “Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513”, *Scientia Jurídica*. Tomo XXVI, nº148-149, set./dez.1977, pp.575-593.
- _____. “Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas”. *separata do Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, nº264, 1977. pp.5-28
- _____. *História do Direito Português: fontes do Direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985.
- Textos de História: Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UnB*. Brasília, vol. 6, nºs 1-2. (1998), 1999.
- TOMA, Maristela. *Imagens do degredo: história, legislação e imaginário (a pena de degredo nas Ordenações Filipinas)*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Depto. de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. SP, 2002.
- VELASCO, Ignácio M. Poveda. “Ordenações do reino de Portugal”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. nº89, jan./dez.1994. pp11-67.